economiesuisse
DOSSIER POLITIQUE

15 / 2019
Actions collectives: peu d'avantages, beaucoup de risques

06.11.2019

L'essentiel en bref

Intenter une action en justice pour des dommages mineurs ne vaut parfois pas la peine pour un individu, cela pour diverses raisons. Faire valoir des prétentions pour des dommages importants touchant simultanément un grand nombre de personnes peut également soulever des problèmes. Des efforts sont actuellement déployés pour combler ces lacunes présumées du système juridique. Les propositions débattues vont cependant trop loin. L'introduction d'instruments étrangers à la culture juridique suisse déstabiliserait notre système. De nouveaux coûts liés aux risques seraient en outre finalement répercutés sur les consommateurs, entraînant une hausse généralisée des prix. Cela n'apporterait pas grand-chose et poserait des problèmes supplémentaires s'accompagnant d'importants risques. Au lieu d'expérimenter de nouvelles voies de droit encore inexplorées, mieux vaudrait développer de façon ciblée les instruments existants d'exercice collectif des droits. La mise en place d'organes de médiation ou de procédures d'arbitrage serait aussi une solution.

Contact et questions

Erich Herzog
Membre de la direction, responsable du département Concurrence et Réglementation

www.dossierpolitik.ch

Position d'economiesuisse

- Pour les entreprises, l'application effective et efficace du droit est tout aussi importante que la sécurité juridique.
- Les instruments d'exercice collectif des droits s'écartent des principes de notre culture juridique et constituent une menace pour la procédure civile.
- Les améliorations de la protection juridique collective doivent porter en première ligne sur les instruments qui existent déjà et ont fait leurs preuves.
- Il faut éviter de créer un système juridique basé sur la méfiance qui encouragerait les litiges.

Tour d'horizon de l'exercice collectif des droits

L'exercice collectif des droits sert à faire valoir les prétentions de plusieurs personnes lésées ayant subi des dommages identiques ou similaires.

L'exercice collectif des droits englobe tous les instruments juridiques servant à faire valoir les prétentions d'un grand nombre de personnes lésées ayant subi un préjudice identique ou semblable. De tels instruments permettent de regrouper les intérêts et les ressources dans une même procédure.

Deux types de dommages

On distingue deux types de dommages ou de prétentions dans l'exercice collectif des droits:

- Dans le cas de dommages dispersés, un grand nombre de personnes sont touchées de manière identique ou similaire, mais chacune d'elle ne subit qu'un préjudice mineur. La particularité réside dans le fait que la valeur du dommage rapporté à un individu peut être négligeable (quelques francs ou même centimes), mais s'élever globalement à des millions.
- Dans le cas d'un dommage de masse, un grand nombre de personnes sont touchées de manière identique ou similaire et chacune d'elle subit un préjudice considérable. Les plaignants ne font pas de distinction entre un dommage de masse et un dommage normal.

Instruments de protection juridique collective

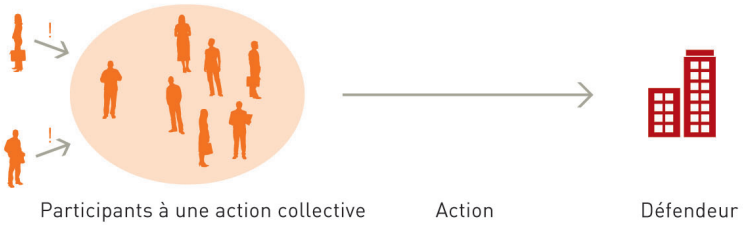
Actions collectives

Une action collective, ou action de groupe, est une plainte relevant du droit civil qui, en cas de succès, confère des droits non seulement au plaignant, mais également à toute personne lésée au même titre – peu importe que cette dernière ait intenté de son côté une action ou pas. On peut faire une distinction entre deux types d'actions collectives.

→ **Dans le cas d'une action collective de type opt-in, la personne lésée doit déclarer expressément son entrée dans le groupe de plaignants.**

Figure 1

Action collective de type opt-in

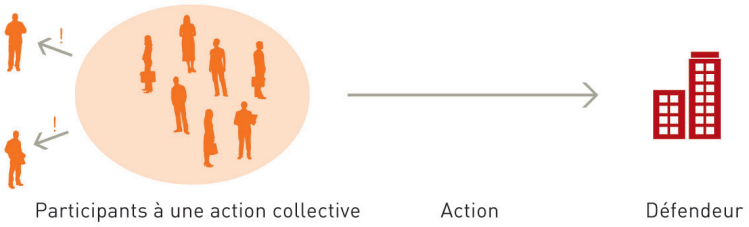


economiesuisse

→ **Dans le cas d'une action collective de type opt-out, le lésé doit déclarer expressément sa sortie du groupe de plaignants.**

Figure 2

Action collective de type opt-out



economiesuisse

→ **Dans le cas d'une transaction de groupe, le différend n'est pas réglé devant un tribunal, mais dans le cadre d'une tentative de conciliation entre les parties.**

Transaction de groupe

Une transaction de groupe peut être conçue sur le modèle de l'opting-in ou de l'opting-out. Les requérants ne font cependant pas valoir leurs droits devant un tribunal comme dans le cas d'une action collective; les prétentions éventuelles sont déterminées dans le cadre de négociations de conciliation. Lorsque la tentative de conciliation aboutit, le résultat est déclaré contraignant pour toutes les parties concernées.

Les art. 352a ss. AP-CPC sont conçus comme une procédure de groupe purement consensuelle et non comme une procédure contradictoire à deux parties [1] (pas d'action, pas d'échange d'écritures, pas de procédure probatoire pour l'examen matériel des droits, approche à opt-out).

→ **Les actions des organisations permettent aux fédérations, associations et autres organisations d'intenter des actions.**

Actions des organisations

Les associations et les autres organisations qui sont habilitées, aux termes de leurs statuts, à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé peuvent, en leur propre nom, agir pour l'atteinte à la personnalité des membres de ce groupe. [2]

→ **Le financement de procès instauré, comme l'accès facilité au tribunal pour faire valoir des prétentions légitimes, correspond davantage à la logique du droit suisse.**

Financement des procédures

La Suisse a vu s'installer, en quelques années, le financement de procès dans l'intérêt des plaignants. Il est même prévu d'obliger désormais les tribunaux à indiquer ce moyen aux parties (cf. art. 97 AP-CPC). Grâce au financement de procès civils, les plaignants ont la possibilité de faire valoir des prétentions légitimes par la voie procédurale, à moindre frais. Le Conseil fédéral veut de surcroît imposer aux tribunaux une obligation d'information quant à l'option du financement des procédures [3] .

Il faut être conscient que le risque lié aux frais de procédure auquel s'expose le plaignant est primordial si l'on veut prévenir les actions abusives [4] .

Développements en Suisse

À cause de cas isolés comme l'effondrement de la banque d'investissement Lehman en 2008 ou l'affaire Volkswagen des émissions polluantes en 2015, les pressions pour améliorer l'exercice collectif des droits se sont renforcées.

→ Le rapport de l'administration a mis en évidence des lacunes de la protection juridique collective, mais le Conseil fédéral a renoncé à agir.

Dans son rapport de 2013 [5] intitulé «Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives», le Conseil fédéral a dressé un état des lieux en matière d'exercice des droits en Suisse et conclu que les instruments en vigueur sont susceptibles d'être améliorés. Le rapport mettait en exergue les adaptations législatives souhaitables aux yeux du législateur. Il prônait l'instauration de «véritables» instruments de mise en œuvre collective des droits (action de groupe, transaction de groupe et amélioration de l'action des organisations). Le Conseil fédéral a cependant renoncé à élaborer un projet de loi.

→ Le Conseil national et le Conseil des États ont chargé le Conseil fédéral d'engager une action législative.

Une motion fondée [6] sur ce rapport a été déposée et acceptée par les Chambres fédérales. Le Conseil fédéral a ainsi été chargé de modifier la loi afin qu'un grand nombre de personnes lésées de manière identique ou similaire puissent faire valoir collectivement leurs prétentions devant le juge. Il s'agissait d'une part de développer les instruments disponibles et, d'autre part, d'en créer d'autres. Les mesures proposées devaient respecter les particularités suisses, permettre d'éviter les abus et s'inspirer de l'expérience d'autres pays européens. Une procédure collective «désaméricanisée» devait donc être introduite [7] .

→ La commission d'experts a refusé l'introduction d'actions collectives.

Un code de procédure civile moderne existe

Le code de procédure civile suisse a été uniformisé et remanié en profondeur il y a tout juste quelques années. Dans le cadre de cette importante révision menée à bien en 2011 [8] , l'introduction d'actions collectives avait été clairement rejetée, car cet instrument aurait, selon la commission d'experts, soulevé d'importantes difficultés. À l'époque, on avait mis en exergue que les possibilités existantes de regroupement des plaintes étaient suffisantes [9] .

Par ailleurs, divers experts juridiques sont d'avis que les actions collectives n'ont pas leur place dans notre système juridique et mettent en garde contre des adaptations précipitées de notre législation [10] .

Dans sa réponse du 11 juin 2018 à la consultation sur la modification du CPC [11] , economiesuisse a d'ailleurs rejeté clairement les instruments proposés pour l'exercice collectif des droits et démontré le préjudice qu'ils causeraient à la place économique suisse.

Forces et faiblesses du système suisse

→ Le code de procédure civile ne prévoit pas la possibilité d'une action collective.

Principe: plaignant contre défendeur

Selon le code de procédure civile suisse, deux parties s'opposent en principe: le plaignant et le défendeur. Pour faire valoir ses prétentions individuelles, le plaignant doit démontrer l'existence du préjudice personnel qu'il invoque et son lien de causalité avec une faute. Notre système met l'accent sur l'individu et le cas isolé; les instruments de l'action collective sont donc étrangers au droit suisse. Contrairement à la pratique en vigueur aux États-Unis (cf. encadré ci-après), la promulgation de dispositions réglementaires est l'affaire de l'État dans notre pays. Les autorités de surveillance compétentes s'assurent de la conformité du comportement des acteurs du marché et infligent des sanctions si nécessaire.

→ Des défis d'ordre structurel peuvent faire obstacle à une action en justice.

Défis structurels

Depuis peu, les organismes de protection des consommateurs remettent en question cette approche traditionnelle de la Suisse en relation avec les dommages dispersés (p. ex. parce que, pour des raisons de coûts, il ne vaut pas la peine d'intenter une action en justice).

→ Problème systémique I: Rapport utilité/coûts défavorable.

Coûts

Lorsque le litige porte sur un faible montant, les coûts d'une procédure auprès d'une, voire de plusieurs instances, sont sans commune mesure avec la valeur litigieuse. Le code de procédure civile prévoit en outre que le tribunal peut exiger une avance de frais de la partie demanderesse jusqu'à hauteur des frais de justice présumés. Cette avance de frais peut constituer un obstacle pour certains plaignants. Pour les prétentions légitimes, le nouvel instrument de financement de procès instauré atténue sensiblement ce risque (cf. financement des procédures) [12] .

→ Problème systémique II: David contre Goliath.

Déséquilibre structurel entre les parties

Lors de dommages dispersés ou de masse, une personne lésée n'a parfois ni les moyens, ni des contacts avec des avocats, ni l'expérience pour engager une procédure. Ce n'est pas le cas du défendeur, qui dispose souvent de ressources juridiques et financières beaucoup plus importantes. Les exceptions sont cependant nombreuses : un gérant de fortune modeste peut par exemple être confronté aux prétentions d'un milliardaire ou une petite maison d'édition à celles d'un groupe multinational. Dans de tels cas, le développement des instruments permettant d'intenter une action devant les tribunaux créerait clairement une injustice au détriment des défendeurs.

→ Problème systémique III: Coûts à assumer en cas de perte du procès.

Risque de frais de procès

Le plaignant assume un important risque de frais de procès lorsqu'il fait valoir des dommages de masse. Dans le pire des cas, il doit prendre en charge ses frais

d'avocat, les frais de tribunaux et une partie des frais d'avocat de la partie adverse. À noter toutefois qu'il s'agit du risque normal qu'un plaignant doit accepter dans tous les cas lorsqu'il intente une procédure civile.

→ Problème systémique IV: manque de motivation à intenter une action en raison du faible montant du dommage

Apathie rationnelle

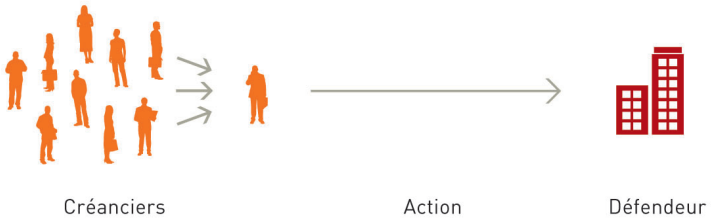
Il se peut qu'un individu n'ait aucun intérêt à faire valoir des dommages mineurs. Il économisera du temps et de l'argent et évitera des tracas s'il passe le montant incriminé par pertes et profits au lieu de s'engager dans un litige qui risque de durer plusieurs années.

Instruments existants et potentiel d'optimisation

Compte tenu des profondes modifications du système juridique suisse qui ont été proposées ainsi que des incertitudes et risques qui en résulteraient, une brève présentation des instruments juridiques disponibles s'impose. Ces instruments permettent, aujourd'hui déjà, de faire valoir les prétentions typiques en relation avec la protection juridique collective (en particulier les dommages dispersés). À cela s'ajoute que, outre les instruments de protection prévus dans l'AP-CPC pour l'exercice collectif des droits, les modifications toucheront aussi les conditions de la consorité simple et le cumul objectif d'actions. L'idée est d'améliorer [13] encore sensiblement les outils qui sont aujourd'hui déjà à la disposition des plaignants.

→ **Dans le cas d'une cession globale, les créanciers cèdent leurs prétentions juridiques à un tiers, qui intente ensuite un procès en son propre nom.**

Figure 3: La cession globale



economiesuisse

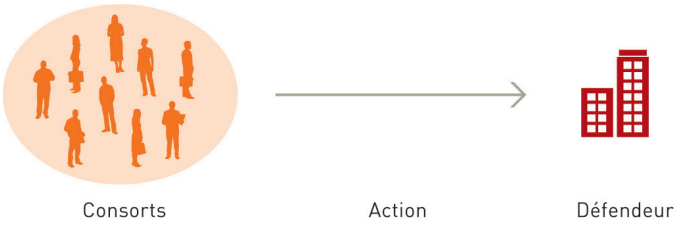
→ **Les lésés peuvent s'associer.**

Cumul subjectif d'actions

Le cumul subjectif d'actions [14] constitue un autre instrument. Dans ce cas, plusieurs lésés s'unissent et introduisent ensemble une action devant le même tribunal. Le cumul subjectif d'actions est aussi appelé consorité. Ici également, l'avant-projet prévoit des simplifications bénéficiant aux plaignants, le cumul subjectif d'actions pouvant désormais aussi servir lorsque les prétentions ne sont pas toutes soumises à la même procédure [15] .

→ **Dans le cumul subjectif d'actions, plusieurs parties concernées se regroupent pour intenter une action devant le même tribunal.**

Figure 4: Le cumul subjectif d'actions



economiesuisse

→ **Les honoraires subordonnés aux résultats sont admis et réduisent le risque de frais de procès pour les personnes lésées.**

Honoraires subordonnés aux résultats

Le code de déontologie des avocats permet actuellement de faire dépendre une partie de la rétribution de l'issue de l'affaire. Le risque de frais de procès est donc en

partie déplacé de la personne lésée vers l'avocat, qui est le mieux placé pour évaluer ce risque. La conclusion d'un accord sur la participation aux bénéfices issus du procès est interdite [16] . Un avocat chargé d'un cas peut donc subordonner une partie de ses honoraires aux résultats et faire ainsi une concession en faveur des plaignants dont les moyens financiers sont limités. Cette solution est particulièrement attrayante lorsque l'avocat peut représenter conjointement plusieurs plaignants (cf. encadré ci-après).

→ **Une action modèle ou test permet de constater une violation du droit qui sera ensuite considérée comme un précédent.**

Actions modèle ou actions test

Dans le cadre d'une action modèle ou test, une personne lésée demande individuellement – avec ou sans soutien d'une association – la réparation du dommage subi. D'autres personnes lésées peuvent ensuite se prévaloir du résultat pour faire valoir leurs propres prétentions. Un défendeur ayant déjà perdu un procès lors de l'action test ne se lancera en principe pas dans d'autres procès et acceptera un compromis [17] .

→ **L'individu peut s'unir avec des personnes partageant le même point de vue et devenir ainsi une partie puissante.**

Développements technologiques, ou la puissance de la masse

L'évolution récente de la technologie juridique permet aux demandeurs de regrouper plus facilement des actions. La «puissance de la masse via internet» et le développement de nouvelles technologies favoriseront sans doute les actions en justice aussi pour les prétentions mineures d'un grand nombre de plaignants potentiels (quelques mots clés à titre d'exemples: Blockchain, Distributed Ledger, médias sociaux, plateforme de collecte de créances, société de protection juridique, modèles de financement et soutien lors d'actions liées à des dommages collectifs [18] .

Si elle introduit la protection juridique collective, la Suisse verra sans doute des représentants de cabinets juridiques américains s'installer dans notre pays. Via des plateformes en ligne, ils pourront rassembler des demandes de réparation présumées et, avec le soutien financier d'entités s'impliquant dans la procédure, les faire valoir à l'encontre des entreprises [19] .

→ **Il existe d'autres voies de procédure pour préparer judicieusement des actions civiles.**

Autres instruments

Le code de procédure civile prévoit d'autres solutions pour les problèmes relevant de l'exercice collectif des droits. Une objection souvent formulée lorsqu'il s'agit de faire valoir des dommages de masse est que l'individu doit assumer un risque trop important, car il devra prendre en charge non seulement ses propres frais, mais également les frais de procès et une partie des frais de la partie adverse s'il perd l'affaire. La procédure civile lui offre ici la possibilité d'intenter une **action partielle** [20] , par laquelle le plaignant fait le choix de ne porter en justice qu'une partie de ses prétentions – un moyen approprié d'atténuer le risque lié aux frais de procédure. Enfin, d'autres possibilités s'offrent au niveau de **la coordination des procédures**. Un tribunal peut ainsi ordonner la jonction de plaintes individuelles ou les renvoyer à un tribunal déjà saisi lorsque les procédures sont liées entre elles [21] .

→ **Les organes de médiation privés résolvent les différends de manière compétente et efficace.**

Organe de médiation

Un organe de médiation joue le rôle d'instance de conciliation impartiale. Le secteur bancaire, les assurances, les télécommunications, le tourisme et de nombreuses autres branches ont mis en place un tel organe. Ces derniers ont pour tâche de mettre à disposition une procédure efficace, peu coûteuse ou même gratuite pour les lésés afin que les litiges de la branche puissent être arbitrés le plus rapidement possible. Les nombreux organes de médiation privés se démarquent par leur connaissance approfondie de la branche où ils opèrent, et une efficacité remarquable. Quiconque n'est pas d'accord avec l'issue d'une procédure de médiation peut saisir un tribunal ordinaire. Les procédures de médiation constituent donc un instrument idéal pour faire examiner une revendication lorsque l'affaire porte sur un montant non significatif. Elles ne doivent cependant pas être étatisées ou soumises à des règles strictes, sinon leur fonctionnement serait compromis [22] .

→ **Utilisées correctement, les possibilités existantes vont déjà très loin.**

Pas de remède contre le désintérêt

Comme nous l'avons évoqué, il existe déjà de nombreuses possibilités de faire valoir les intérêts de groupes entiers de personnes ou de réclamer, moyennant un risque raisonnable, la réparation de dommages dispersés ou de masse.

→ **Il n'y a pas de remède contre le désintérêt du plaignant.**

La procédure civile ne propose pas de remède contre le désintérêt des plaignants à faire valoir des prétentions d'un faible montant. Il serait insensé que l'État oblige quasiment des personnes à réclamer la réparation d'un dommage qu'elles considèrent visiblement comme insignifiant. Les seuls à en profiter au niveau international seraient non pas les personnes concernées, mais les représentants d'intérêts, les avocats et les autres organisations, au détriment de la place économique suisse. Les personnes lésées seraient même pénalisées, car c'est sur elles que les coûts sont en fin de compte répercutés sous la forme de hausse des prix [23] . En plus, cela favoriserait une culture du conflit indésirable sous nos latitudes.

Avantages et inconvénients de l'exercice collectif des droits

→ **De nouveaux instruments judiciaires pour l'exercice collectif des droits n'apportent pas de réels avantages, mais de nombreux inconvénients.**

Avantage: application du droit simplifiée en présence de dommages dispersés

Le seul avantage que l'introduction de nouveaux instruments d'exercice collectif des droits offre – dans certains cas – est qu'il devient plus simple de faire valoir des droits individuels lors de dommages dispersés. Sans garantie aucune cependant, comme le prouve la procédure modèle des investisseurs dans l'affaire des Telekom en Allemagne, qui dure depuis plus de douze ans. Cet avantage potentiel s'accompagne cependant de nombreux problèmes et inconvénients. Les partisans d'un développement de l'exercice collectif des droits n'ont de cesse de marteler que de nouveaux instruments doivent être introduits de manière à éviter une «américanisation du système judiciaire». On ignore toutefois comment y parvenir et il n'existe pas d'explications en la matière.

→ **L'exercice collectif des droits revêt une grande importance aux États-Unis, qui possèdent un système judiciaire différent.**

Grande importance aux États-Unis

Ce n'est pas un hasard si l'exercice collectif des droits est très répandu aux États-Unis. La Constitution américaine prévoit en effet que des litiges privés soient utilisés pour appliquer des réglementations étatiques [24] . L'objectif était que l'État s'immisce le moins possible dans les affaires privées et on a mis à la disposition des particuliers des outils puissants sous la forme d'instruments pour l'exercice collectif des droits. Plusieurs éléments viennent compléter ce système d'application du droit privé: les dommages et intérêts punitifs («punitive damages» en anglais, c'est-à-dire des demandes de réparation dont le montant porte sur un multiple des dommages effectifs), des procès devant jury («jury trials» en anglais, où des profanes peuvent se prononcer en équité sur une demande) et des obligations très étendues en matière de divulgation à l'égard des plaignants (procédure de «discovery»).

→ **Les actions collectives sont controversées, y compris aux États-Unis et en Australie, car elles posent des problèmes. Plusieurs réformes ont échoué.**

Problèmes importants aux États-Unis

Le fonctionnement du système judiciaire américain ne donne pas satisfaction à tous les acteurs concernés. Le développement des entreprises est entravé par le risque de faire l'objet d'une action collective, ce qui menacerait leur existence. Des sommes exorbitantes se chiffrant en milliards sont réclamées et souvent accordées. Des enquêtes du Federal judicial center et de l'Advisory comittee on civil rules montrent que les actions collectives posent problème dans le fonctionnement quotidien de la justice américaine. Le rapport entre les charges pour l'ensemble du procès et l'utilité pour l'individu lésé n'est plus équilibré depuis longtemps, en particulier dans le domaine des dommages et intérêts. Des prétentions individuelles relativement modestes requièrent des procédures civiles lourdes faisant courir un risque élevé au défendeur. Les coûts liés à l'application du droit et à la défense sont extraordinairement élevés, ce qui est lucratif avant tout pour les études d'avocat spécialisées, qui engrangent généralement des honoraires élevés lorsque le procès a une issue favorable. Toutes les tentatives de réforme ont échoué jusqu'ici [25] : U.S. Chamber Institute for Legal Reform, Unstable Foundation, Our Broken Class Action System and How to Fix It, octobre 2017.

En Australie également, un autre ordre juridique anglo-saxon où l'action collective est largement répandue, le regard porté sur l'aménagement concret et la pratique des actions collectives est toujours plus critique [26] .

→ **L'introduction d'éléments étrangers à notre système menacerait le bon fonctionnement de tout le système.**

Inconvénients de l'exercice collectif des droits

Menace sur l'ordre juridique

Le droit suisse de la procédure civile est un système équilibré de droits accordés aux plaignants et aux défendeurs, qui s'appuie sur une jurisprudence abondante. L'introduction d'éléments issus de l'exercice collectif des droits d'autres systèmes judiciaires, et donc étrangers au système helvétique, perturberait le bon fonctionnement de tout le système judiciaire suisse et créerait une insécurité juridique non souhaitable. Une combinaison entre l'initiative «Entreprises responsables», la sollicitation d'une justice gratuite par des plaignants étrangers et l'implémentation d'instruments d'exercice collectif des droits selon l'AP-CPC [27] serait particulièrement dangereuse.

→ **L'exercice collectif des droits comporte plusieurs défauts inhérents au système.**

Les expériences bonnes et mauvaises faites avec les actions collectives – avant tout aux États-Unis et en Australie – montrent que ce type d'actions ont de nombreux effets secondaires indésirables et inévitables, dus à la nature du système. Des mécanismes automatiques induisent des distorsions choquantes [28] .

→ **Problème structurel I: conflits d'intérêts entre les plaignants et les avocats et le juge (problème du principal et de l'agence)**

C'est chacun pour soi

En ce qui concerne les prétentions dans leur ensemble, l'action collective est efficace pour faire valoir de nombreuses prétentions individuelles. Cela dit, même dans le cas d'une telle action, une personne doit prendre l'initiative de rassembler

des informations, de préparer l'action et, enfin, de déposer plainte. Cela représente une charge, notamment financière, considérable. Le représentant d'un groupe de plaignants se trouve donc dans un conflit d'intérêts. Dans une situation de représentation complexe, comme les actions collectives, cela a pour conséquence qu'un représentant, généralement un avocat, n'est plus en mesure de défendre de manière optimale les intérêts de ses clients. Soit il décide, pour des raisons de coûts, d'en faire moins que cela serait nécessaire pour représenter les intérêts de ses clients, soit il cherche à optimiser ses gains en trouvant un accord avec le défendeur le plus rapidement possible. Mais en aucun cas il n'essaie d'obtenir le maximum dans l'intérêt des personnes concernées [29] .

→ **Problème structurel II: Les «blackmail settlements» ou «chantage à la transaction» font courir des risques élevés à l'entreprise.**

«Blackmail settlements»

Une entreprise visée par des prétentions élevées dans une procédure civile est exposée à des années d'incertitudes (obligation de constituer des réserves, inquiétude des investisseurs et partenaires commerciaux, importants coûts internes et externes de défense). Plus le procès est long, plus les risques et les coûts sont importants. Ces derniers ne sont jamais totalement compensés, même en cas de victoire [30] . Le risque financier d'une action collective dépassera souvent les possibilités du défendeur. C'est pourquoi celui-ci ne voudra ou ne pourra généralement pas attendre une décision en dernière instance. Il s'efforcera au contraire d'accélérer le procès et de conclure un arrangement, ce qui ne sera possible que si les plaignants sont d'accord. Il en résulte un potentiel de chantage considérable et une pression disproportionnée en faveur de la conclusion d'une transaction extrêmement défavorable pour lui.

La doctrine et la jurisprudence américaines ont admis il y a déjà des décennies que cette situation pouvait être exploitée. Il n'existe à ce jour pas de réelle solution au problème.

→ **Problème structurel III: Des transactions unilatérales pénalisant une partie ou des tiers («sweetheart deals»).**

Transactions unilatérales

Un «sweetheart deal» ou «sweetheart settlement», qu'on pourrait traduire par «entente collusoire», est un accord extrêmement favorable à une autre partie ou excluant et pénalisant fortement un tiers. Le risque d'accord transactionnel unilatéral se pose surtout lorsqu'il y un grand nombre de plaignants. La justice, ce n'est pas cela.

→ **Problème structurel IV: Des prétentions sont formulées également en l'absence de dommages individuels.**

Comportement opportuniste

Enfin, il y a le phénomène des opportunistes: une personne qui, en raison des circonstances, est impliquée dans l'objet d'un différend collectif peut, sans y contribuer et même si elle n'a pas réellement subi de dommages, obtenir une indemnisation lors du jugement ou de la transaction consécutive à une action collective. Cela est contraire au sens du droit selon lequel seule une personne qui a effectivement subi un dommage, et qui le ressent comme tel, doit avoir droit à des indemnités. De surcroît, comme expliqué plus haut, cela favoriserait une culture du conflit fondamentalement indésirable sous nos latitudes.

→ **Problème structurel V: pas de droit d'être entendu malgré la garantie constitutionnelle**

Perte du droit d'être entendu

Lors de l'exercice collectif des droits, les droits de l'individu sont fortement restreints en faveur du groupe; en effet, en participant à une action collective, l'individu renonce pour ainsi dire à son droit individuel d'être entendu devant un tribunal. La Constitution fédérale [31] ainsi que la convention européenne des droits de l'homme [32] accordent à chaque partie le droit d'être entendue. Cela signifie qu'un ayant droit, aussi infime le dommage subi soit-il, doit avoir le droit de s'exprimer dans une procédure. Cependant, ce droit est incompatible avec les actions d'envergure visant à faire valoir des droits sur la base de dommages dispersés.

→ **Les expériences d'autres pays européens montrent que l'introduction de nouveaux instruments revient à introduire des corps étrangers dans le système.**

Conclusion: une «désaméricanisation» des actions collectives est impossible

Si on considère le système mis en place dans d'autres pays européens, on constate que les inconvénients propres aux instruments d'un «réel» exercice collectif des droits ne peuvent pas être supprimés. Le Danemark avait par exemple prévu d'introduire un modèle d'opt-in. Or ce système a eu si peu de succès qu'il a dû être complété d'un modèle d'opt-out. En Pologne et en Italie, les instruments instaurés pour l'exercice collectif des droits se sont révélés être des «pétards mouillés». Comme son ancienne formule pour l'exercice collectif des droits n'avait pas eu assez de «succès», l'Italie vient d'introduire, cette année, un système d'actions collectives relativement proche du système américain. Des outils faibles ne sont pas attrayants et restent inutilisés. Des outils forts sont problématiques, que ce soit des actions collectives, des transactions de groupe ou le développement du droit d'action des organisations. Le législateur qui introduit de nouveaux instruments pour l'exercice collectif des droits se trouve confronté à un dilemme: soit il affaiblit les mécanismes de protection, soit il crée des instruments incisifs, sachant que ceux-ci constitueront un inconvénient de taille pour la place économique et pèseront sur les entreprises et

les consommateurs.

Position de l'économie

→ **Le code de procédure civile, sensible, ne doit pas être encombré d'éléments étrangers au système.**

Application modérée du droit avec des instruments qui ont fait leurs preuves

Le droit et la procédure civile reflètent l'évolution de la société et se développent constamment. En cas d'adaptation de la législation et en particulier du système juridique, il convient de toujours garder à l'esprit son bon fonctionnement et donc le contexte historique et la tradition sur laquelle le système repose. Il faut accorder une attention particulière à ces aspects lorsqu'il est question d'introduire en Suisse de nouveaux instruments juridiques qui n'ont pas fait leurs preuves.

→ **Si développement il doit y avoir, alors il doit se faire sur la base des instruments existants.**

À la condition qu'il existe un besoin en la matière, il faut toujours veiller à un développement sur la base des instruments existants et établis. Le fait qu'un instrument judiciaire existant ne soit pas utilisé ne signifie pas nécessairement qu'il n'est pas suffisamment attrayant. Le manque d'intérêt suscité peut s'expliquer par l'absence de besoin. Dans un tel cas, accroître l'attrait de l'instrument n'a pas beaucoup de sens. Les avantages concrets de certains instruments destinés à l'exercice collectif des droits ne sont pas manifestes: ainsi, une action collective de type opt-in ne se distingue que marginalement de la possibilité, existant déjà dans en Suisse, de la cession de créance. Or comme la cession de créance se laisse moins facilement instrumentaliser, elle comporte aussi moins d'inconvénients que l'action collective.

→ **Les nouvelles lois doivent chercher à éviter la survenue de dommages et non à développer l'appareil judiciaire.**

Non aux expérimentations

L'économie part du principe que le consommateur décide consciemment, en usant de sa liberté de choix et sur la base d'informations correctes, d'investir dans un produit ou un service. Il serait possible d'éviter de nombreuses décisions erronées, si les individus faisaient preuve de l'attention requise. Aujourd'hui, les informations s'obtiennent plus facilement et plus efficacement. Les nouvelles lois doivent donc chercher avant tout à éviter la survenue de dommages et non à développer l'appareil judiciaire.

→ **S'il existe des lacunes, il faut les combler d'abord au moyen du droit en vigueur. Il importe d'examiner d'autres possibilités comme le développement d'organes de médiation privés et d'autres procédures privées de règlement des différends.**

S'il existe des problèmes concrets, entraînant des inégalités choquantes dans l'application du droit, l'économie préconise de les résoudre au moyen du droit en vigueur. Il serait possible de supprimer des entraves, en adaptant l'obligation d'avancer les frais du procès par exemple. Des modifications mineures du code de procédure civile (concrètement, comme indiqué plus haut, art. 71 et 90 AP-CPC) permettraient de mieux coordonner les différentes procédures. On peut également examiner les possibilités de développer et de promouvoir des procédures de médiation et autres procédures de règlement des différends. L'économie rejette clairement l'introduction précipitée d'instruments judiciaires non établis comme la procédure de transaction de groupe [33] ou le droit étendu d'action des organisations [34] .

→ **Les risques sont majoritairement répercutés sur les consommateurs, entraînant une hausse générale des prix.**

Ce sont les consommateurs qui supportent les coûts!

Des adaptations qui paraissent «justes» ou «modernes» au premier abord alourdissent clairement les coûts associés aux risques du côté des prestataires. Cela renchérit les produits, entrave la concurrence et se traduit au bout du compte par une offre plus restreinte et des coûts supérieurs pour le consommateur final.

1. Cf. Peter Matthis, Kollektiver Rechtsschutz im Vorentwurf zur Änderung der ZPO, dans PCEF 46/2019
2. Les art. 89 et 89a AP-CPC prévoient ainsi d'étendre sensiblement l'actuelle action des organisations en l'ouvrant au droit privé dans son ensemble et en permettant d'invoquer des droits de nature réparatoire.
3. À propos du financement des procédures, cf. ATF 131 I 223 ss. et Isaak Meier, Prozessfinanzierung, insbesondere prozessuale und konkursrechtliche Fragen, dans PCEF 45/ 2019 / pp. 3 ss: en précisant qu'en Suisse, l'estimation du risque du procès repose sur une approche par cas individuels par appréciation et expérience, alors qu'aux États-Unis elle repose sur des modèles et techniques spéciales (cf. p. 4, op. cit.)
4. Cf. Lukas Wyss, Mehrparteienverfahren und kollektiver Rechtsschutz vor Zivilgerichten in der Schweiz, dans Jusletter du 16 février 2015, Cm 90 s.
5. Exercice collectif des droits en Suisse: État des lieux et perspectives – Rapport du Conseil fédéral du 3 juillet 2013, p. 2 (https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-07-03/ber-br-f.pdf)
6. Motion 13.3931 «Exercice collectif des droits – Promotion et développement des instruments».
7. Dans cette logique, l'AP-CPC propose d'étendre l'action des organisations (art. 89 et 89a AP-CPC) et d'introduire une procédure de transaction de groupe (art. 352a ss. AP-CPC).
8. Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, juin 2003, (note de bas de page n° 4), p. 45 s. et Leuenberger, Der Vorentwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung - ein Überblick dans AJP 2003, p. 1423
9. Sutter-Somm, Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZSR 2002 I, 548 f (note de bas de page n° 1), 555
10. Bohnet, Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz: The Seven-Year Itch, SZZP 5/2013, pp. 439 ss. et Bernet/Hess, Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz – neueste Entwicklungen in Europa und der Schweiz, Anwaltsrevue 10/2012 pp. 451 ss.; Christopher Hodges, dans European University Institute, EUI Working Papers, Law 2017/09, US Sammelklagen: Wunsch und Wirklichkeit, p. 43
11. Cf. https://www.economiesuisse.ch/fr/publications/modification-du-code-de-procedure-civile-cpc
12. Le droit suisse offre aujourd'hui déjà des solutions aux personnes lésées pour lesquelles un accès aux tribunaux est essentiel. En effet, les plaintes devant un tribunal de travail portant sur un montant litigieux ne dépassant pas 30 000 francs et les procédures de conciliation en matière de baux à loyer sont déjà gratuites.
13. Cf. aussi l'amélioration en faveur des justiciables déjà prévue à l'art. 90 AP-CPC
14. Art. 71 CPC
15. Art. 71 AP-CPC
16. Schiller, Erfolgshonorare nach BGFA: Nur die Vereinbarung der reinen Beteiligung am Prozessgewinn ist verboten dans la Revue de l'avocat 1/2010, p. 40 ss., cf. aussi ATF 143 III 600
17. L'action modèle ou action test ne fait l'objet d'aucune codification spéciale dans le CPC en Suisse, contrairement à d'autres pays.
18. https://www.lto.de/recht/zukunft-digitales/l/lg-berlin-66-s-18-18-legal-tech-weniger-miete-de-keine-unerlaubte-rechtsdienstleistung-abtretung-wirksam; https://www.srf.ch/news/panorama/legal-tech-auf-dem-vormarsch-maschine-statt-anwalt; https://www.handelszeitung.ch/konjunktur/ein-tabu-bricht-roboter-ersetzen-rechtsanwaelte-1183141; https://www.beobachter.ch/konsum/dienstleistungen/rechtsberatung-der-anwalt-wird-digital; https://www.itsl.uzh.ch/de/veranstaltungen/LegalTech_II.html); https://www.flightright.de; https://www.bahn-buddy.de)
19. Cf. Alexander Wolf, Ist der Justizstandort Deutschland international wettbewerbsfähig? dans RIW 2019 p. 262
20. Art. 86 CPC
21. Art. 125 let. c CPC
22. Cf. aussi les études édifiantes de Christopher Hodges; p. ex. Christopher Hodges, Delivering Collective Redress, 2018

23. Une citation remarquable à cet égard émane de feu Antonin Scalia, juge de la Cour suprême américaine connu bien au-delà de son pays, disant que le progrès et la prospérité d'un pays ne sont pas le fait des avocats, mais des ingénieurs. Plutôt que servir la seule mise en œuvre objective du droit, les procédures judiciaires devraient aussi toujours viser un plus grand intérêt social qu'il faut toujours garder à l'esprit lorsque l'on introduit de nouveaux instruments d'exercice collectif des droits. Pour la Suisse, le jeu de précurseur européen en matière de protection juridique collective n'en vaut pas la chandelle d'un point de vue macroéconomique (Wyss, Mehrparteienverfahren und kollektiver Rechtsschutz vor Zivilgerichten der Schweiz, dans Jusletter, 16 février 2015, Cm 138
24. Ce système d'application du droit par les particuliers est connu sous le nom de «private attorney general» aux États-Unis.
25. Hopt/Kulms/von Hein, 2006, Rechtshilfe und Rechtsstaat: die Zustellung einer US-amerikanischen class action in Deutschland, pp. 23 s.; Christopher Hodges, in European University Institute, EUI Working Papers, Law 2017/09, US Sammelklagen: Wunsch und Wirklichkeit, p. 32
26. Australian Law Reform Commission (ALRC) Report «Integrity, Fairness and Efficiency – An Inquiry into Class Action Proceedings and Third-Party Litigation Funders» (Report 134, 2018, cf. https://www.alrc.gov.au/news/inquiry-into-class-action-proceedings-final-report/
27. Cf. Andreas Bohrer, Diese Initiative schadet der Schweiz, NZZ du 22 mai 2019
28. Cf. Christopher Hodges, in European University Institute, EUI Working Papers, Law 2017/09, US Sammelklagen: Wunsch und Wirklichkeit
29. Casper, 2009, Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, p. 28
30. Les honoraires des avocats dépassent en règle générale largement l'indemnisation des parties accordée par le tribunal, en particulier dans des litiges complexes. Lors de transactions, les frais supportés par les parties sont souvent laissés de côté: chaque partie assume ses frais.
31. Art. 29, al. 2 Cst.
32. Art. 6 CEDH
33. Art. 352a ss. AP-CPC
34. Art. 89 et 89a AP-CPC